

SECRETARIA: Santiago de Cali, trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022). A Despacho del señor juez el presente asunto con sendos memoriales de las partes. Sírvasse proveer.

LINDA XIOMARA BARON ROJAS

Secretaria

AUTO INTERLOCUTORIO No. 489

RADICACIÓN: 76001 31 03 004 2018 00290 00

JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Mediante memorial radicado el 30 de agosto hogaño, el apoderado judicial de la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., solicita la vinculación de la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en su calidad de promotor del proyecto, en aras de evitar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P., toda vez que, en su sentir, no se integró debidamente el contradictorio al dejar por fuera a un litisconsorte necesario, en tanto que *“el contrato de encargo fiduciario individual que fue suscrito por la demandante y Acción Fiduciaria también fue suscrito por Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y por tanto este proceso no puede ser tramitado sin la presencia de este último”*.

Frente a la figura jurídica del litisconsorcio necesario, el artículo 61 del C.G.P., señala que,

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

(...)

De otro lado, el tratadista Hernán Fabio López Blanco, en su obra *“PROCEDIMIENTO CIVIL”*, parte general, con relación al tópico refiere:

Se analizó anteriormente que únicamente pueden existir dentro del proceso dos partes, la demandante y la demandada, pero acontece que ellas pueden estar integradas por un número plural de sujetos de derecho. Cuando tal característica se presenta surge el fenómeno procesal conocido universalmente como litisconsorcio, el cual se denomina activo, pasivo o mixto, según la diversidad de sujetos de derecho se presente en la posición de demandantes, demandados o en ambas.

Ahora bien, cuando esos varios sujetos de derecho deben obligatoriamente, so pena de invalidez de la actuación surtida a partir del fallo de primera instancia, estar vinculados al proceso, la figura se denomina litisconsorcio necesario; si esa pluralidad se da por razones de economía procesal y comparecen voluntariamente varios en cualquiera de las dos posiciones mencionadas encontramos el litisconsorcio facultativo y cuando la diversidad de sujetos obedece a que, no obstante que no es obligatoria la vinculación de alguno de ellos al proceso dadas las características de determinadas relaciones sustanciales, la sentencia les es igualmente oponible y por eso voluntariamente se pueden hacer presentes dentro del mismo, se estructura el denominado litisconsorcio cuasinecesario.

Cualquiera que sea la forma que adopte el litisconsorcio siempre sus integrantes serán considerados como parte, así intervengan después de establecida la relación jurídico-procesal, porque el sujeto procesal que en tal calidad interviene, siempre se ubica como integrante o de la parte demandante o de la parte demandada, sin que interese en cuál de las tres calidades analizadas lo haga.

Procede ahora el análisis de cada una de las tres modalidades de litisconsorcio mencionadas. **Litisconsorcio necesario.** Existen múltiples casos en que varias personas deben obligatoriamente comparecer dentro de un proceso, ora en calidad de demandantes, bien como demandados, por ser requisito necesario para adelantar válidamente el proceso dada la unidad inescindible con la relación de derecho sustancial en debate; de no integrarse la parte con la totalidad de esas personas, es posible declarar la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, lo cual pone de presente que esta irregularidad sólo afecta la validez del proceso de la sentencia de primera instancia en adelante, debido a que hasta antes de ser proferida la misma es posible realizar la integración del litisconsorcio necesario.

Como bien lo dice la Corte, *“la característica esencial del litisconsorcio necesario es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico procesal por única la relación material que en ella se controvierte; unicidad ésta que impide*

hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes corresponde también una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada uno vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les dé decisión diferente”.

Al revisar la demanda, vemos que el extremo demandante en modo alguno pretendió la resolución o nulidad de los contratos celebrados frente al proyecto MARCAS MALL, o reclamó responsabilidad alguna derivada de la ejecución del proyecto, sino que se circunscribió a las obligaciones que tenía la fiduciaria frente a los contratos de encargo de fiducia individual, como se observa a continuación:

VI. Pretensiones:

Primera: DECLARAR que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. incumplió las obligaciones contractuales derivadas del contrato de Encargo Fiduciario Individual Nro. 0001100010274 suscrito con la parte demandante, al administrar indebidamente los recursos que le fueron entregados para su guarda y custodia toda vez que transfirió los dineros de las demandantes a la promotora sin la verificación de las condiciones pactadas para tal fin en el referido contrato.

Segunda: DECLARAR como consecuencia del anterior incumplimiento que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. es civilmente responsable del detrimento patrimonial de las demandantes, por los dineros que las inversionistas entregaron para su custodia y administración.

Tercera: ORDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como consecuencia de las anteriores declaraciones al pago de la suma correspondiente a MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M/L (\$1.689.275.250,00) a favor de la parte demandante, esto es la devolución de la totalidad de los recursos que fueron depositados por las inversionistas para su custodia y administración.

Cuarta: ORDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. al pago de la suma de dinero determinada en la pretensión anterior, debidamente indexada.

Quinta: ORDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. al pago de los intereses legales, liquidados sobre cada uno de los pagos efectuados por las inversionistas desde la fecha de entrega de los mismos hasta que se verifique el pago total de dichas sumas.

Sexta: Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Por ende, la solicitud del apoderado del extremo pasivo se despachará desfavorablemente, teniendo en cuenta que, contrario a lo considerado por el memorialista, entre ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. no existe un litisconsorcio necesario, pues si bien el recuento factico de la demanda hace referencia a la existencia de varios contratos para el cabal desarrollo del proyecto que se denominó MARCAS MALL, que sujetaban a la promotora dentro de los mismos, existen ciertas obligaciones bien definidas para cada uno de los participantes del proyecto, reprochándose concretamente en este litigio la indebida administración de los recursos recaudados por parte de la demandada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., y que por contera conlleva a concluir que la vinculación de la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. a este asunto no resulta imperiosa para definir el litigio, pues de manera alguna se está reclamando la resolución de dichos contratos, o su nulidad.

En este punto vale la pena traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹, en un caso de iguales contornos al presente:

En igual sentido, encuentra la Sala que si bien es cierto que en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall de la ciudad de Cali intervino no solo la demandada Acción Sociedad Fiduciaria, sino también las sociedades Urbo Colombia S.A.S., Promotoras Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A. como promotoras del proyecto, lo cierto es que la controversia no versa sobre la relación sustancial única e indivisible que exigiera la comparecencia de aquellas al proceso, puesto que desde la demanda misma se limitó el objeto de las litis al incumplimiento de las obligaciones de administración que eran del resorte exclusivo de la fiduciaria, y que no tienen que ver con la ejecución del proyecto inmobiliario por parte del promotor.

Los hechos de la demanda refieren el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de encargo fiduciario individual, e los que se dio a la fiduciaria la expresa instrucción de poner a disposición del promotor los dineros entregados en administración únicamente cuando se hubieren cumplido las estrictas condiciones de transferencia de recurso pactadas para tal fin; el *petitum*, por su parte, se limita a solicitar el reintegro de esos recursos ante el incumplimiento de los requisitos de transferencia acordados.

¹ SC2879-2022 del 27 de septiembre de 2022. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Rad.11001-31-99-003-2018-72845-01

Por fuera de los reproches de la demandante y de sus consecuentes pedimentos quedaron otras situaciones atinentes a la ejecución del proyecto inmobiliario, las vicisitudes de la construcción y el posible incumplimiento de obligaciones por parte del promotor.

Por lo anterior, la simple lectura de la demanda muestra que la actora no pretendió la resolución, la nulidad ni la modificación de ninguno de los negocios jurídicos celebrados en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall, no demandó el cumplimiento de obligación alguna en cabeza de la promotora ni exigió responsabilidades por la ejecución del proyecto, de modo que la controversia estuvo limitada a la relación entre el consumidor financiero y la fiduciaria en lo que concierne con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los encargos fiduciarios individuales, motivo por el cual la comparecencia de la promotora no era necesaria para la definición del asunto, como acertadamente lo advirtieron los juzgadores de instancia.

Si bien la recurrente argumenta que los distintos instrumentos negociales celebrados para viabilizar el proyecto estaban coligados y que por ende todos los participantes debían comparecer al proceso, lo cierto es que lo que determina la existencia del litisconsorcio necesario no es una posible coligación contractual -que no fue discutida por las partes-, sino la naturaleza de las relaciones jurídicas sustanciales que fundamentan las pretensiones debatidas en el proceso.

En tal virtud, encuentra la Sala que las relaciones que subyacen a los contratos que estructuraron el proyecto Marcas Mall, si bien apuntan al propósito común de posibilitar su desarrollo, permiten identificar unos contenidos obligacionales delimitados e independientes, con diferentes responsables y con distintas etapas y condiciones de cumplimiento. Así, en el caso concreto es posible deslindar las cargas prestacionales de las partes, puesto que lo que se reprocha es el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y correcta **administración** a cargo de la fiduciaria, las cuales se encuentran determinadas por los contratos de encargo fiduciario individual y los mandatos legales que rigen la figura, y que en modo alguno se pueden endilgar a la promotora del proyecto, al no ser ella la entidad autorizada por el Estado para captar y administrar dineros del público.

Consecuentemente, mientras que la existencia del litisconsorcio necesario impone que la decisión judicial deba ser idéntica para todos los litisconsortes, en este asunto las distintas facetas del proyecto podían ser analizadas y resueltas de manera disímil en caso de controversia, debido a la independencia de las obligaciones que vinculaban a las partes, en virtud de lo cual se concluye

que no existe en este caso obligación legal o contractual que exigiera la comparecencia de la constructora a la acción de protección del consumidor financiero y por ende, no se está frente a un litisconsorcio necesario que impusiera la anulación de la sentencia por falta de integración del contradictorio.

Por último, se resalta que el ataque de la convocada contiene de fondo una inconformidad con las decisiones de instancia, en la medida que su alegato se fincó en que el daño alegado por su contraparte era atribuible a la conducta de la promotora del proyecto inmobiliario, y no al incumplimiento de sus deberes fiduciarios, perdiendo de vista que esa postura fue desestimada por los juzgadores de instancia, en virtud de una labor de valoración probatoria que, en línea de principio, debe mantenerse ajena a un cuestionamiento encauzado por la senda quinta de casación.

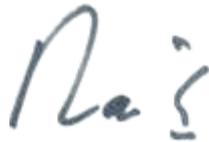
Sin más consideraciones, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali

I. RESUELVE:

NEGAR la vinculación de la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., según los motivos expuestos en el cuerpo de esta providencia.

NOTIFÍQUESE,

Juez



RAMIRO ELÍAS POLO CRISPINO

VR

JUZGADO 04 CIVIL DE CIRCUITO DE CALI

EN ESTADO Nro. **160** DE HOY **Oct- 14-2022**

NOTIFICO A LAS PARTES EL CONTENIDO DEL AUTO QUE ANTECEDE.

LINDA XIOMARA BARON ROJAS

Secretaria